

# DNA, a Fronteira da Verdade?

**MANOEL CARPENA AMORIM**

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Diretor- Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*

Em processo que tramitou recentemente no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, nos pronunciamos da seguinte maneira:

*Investigação de paternidade.*

*Recusa do investigando de submeter-se ao exame hematológico (DNA) determinado pelo Juiz.*

*Proteção constitucional da intimidade. Ninguém pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*

*Inexistência de norma legal que obriquer o réu a submeter-se à perícia.*

*A descoberta da verdade, meio pelo qual se chega à solução do conflito de interesses, deve ser exercida pelas partes e pelo Juiz de forma mais ampla possível, mas tem como limites os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, quer no sentido físico quer no sentido espiritual, pressupostos básicos de qualquer Estado democrático.*

*Negativa do réu não implica em presunção da paternidade, mas tão somente em fato que, no conjunto das provas, pode ser considerado em seu desfavor.*

A questão, como se vê, é de alta indagação e pode ser assim resumi-da: na ação de investigação de paternidade o investigando está obrigado a submeter-se ao exame hematológico para apuração da paternidade?

Sempre nos preocupamos com essa matéria e, *data venia*, partindo de um raciocínio simplista, o resultado do exame hematológico pelo método conhecido como DNA passou a ser visto pelos Juizes, de uma maneira geral, como um dogma. Esquecidos talvez, independentemente das questões ético-jurídicas, que o assunto desperta, de que por trás do biombo da afirmação científica, há outras questões instrumentais e morais que nem sempre corroboram a grande certeza pré-estabelecida pela ciência.

Em data recente, jornais do Brasil inteiro noticiaram e alertaram para os perigos das conclusões do exame hematológico (DNA) procedidos,

muitas vezes, em laboratórios sem os recursos indispensáveis ou até, o que é mais grave, inidôneos.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem, praticamente à unanimidade, repetido afirmativamente àquela pergunta inicial.

Nessa direção, os seguintes julgados:

Agravo de Instrumento nº 1.708/92, Primeira Câmara Cível, do eminente Desembargador MARTINHO CAMPOS, julgado em 04.05.93:

*“Investigação de paternidade. Condições da ação. Possibilidade jurídica diante da alegação de relações sexuais coincidentes com a concepção. Existência do interesse de agir diante da necessidade de obter uma sentença que declare a relação jurídica de filiação. O que se indaga é a quem cabe abstratamente a ação e contra quem pode ser proposta, correspondendo a legitimidade ativa a quem alega ser o filho e a passiva a do suposto pai. Prova. A indispensável para a propositura da ação e a certidão de nascimento. As demais provas, inclusive a documental, são produzidas no curso do processo que é investigatório. Prova documental de conhecimento do réu, anexada com a réplica não o surpreende ou causa prejuízo à defesa. Exame hematológico (DNA). Não constitui constrangimento ilegal a perícia que exige a colaboração da parte e é feita pela retirada, por médico, do seu sangue para exame. Perícia admitida no saneador há de ser feita antes da audiência da ação ordinária”* (sic).

Mandado de Segurança nº 638/91, Oitava Câmara Cível, do eminente Desembargador GERALDO BATISTA, julgado em 10.03.92:

*“Mandado de segurança. Investigação de paternidade. Exame do DNA deferido sob pena de confissão. Legalidade. Denegação da ordem. Agravo de Instrumento.*

*Não constitui ilegalidade, abuso de poder e nem fere direito líquido e certo do impetrante, a decisão que defere na ação de investigação de paternidade a produção de prova pericial hematológica (exame do DNA), sob pena de confissão.*

*É inadmissível o writ para que se atribua efeito suspensivo a recurso de agravo de instrumento que não o tem”* (sic).

Agravo de Instrumento nº 1.317/88, Sétima Câmara Cível, do eminente Desembargador PAULO ROBERTO DE FREITAS, julgado em 13.12.88:

*“Investigação de paternidade. Prova hematológica H.L.A. Admissibilidade.*

*O exame H.L.A. (Human Leucocytes Antigens) é a mais moderna prova científica da paternidade, com aptidão de afirmá-la em 98 a 94% dos casos. Tratando-se como se trata de prova científica que não atenta contra a moral, nem aos bons costumes, ao contrário, profilática em relação a que, por vezes se praticam as investigações de paternidade, tem os autores um lido direito de produzi-la” (sic).*

Registrado na Divisão de Jurisprudência deste Tribunal, encontramos como manifestação escoeita do entendimento contrário, o voto vencido do eminente Desembargador PERLINGEIRO LOVISI, na Apelação Cível nº 919/90, Sétima Câmara Cível, em acórdão de que foi Relator o eminente Desembargador SALIM SAKER:

*“Investigação de paternidade. Prova. Recusa do réu de submissão a exame hematológico. Ônus, e não obrigação da parte, cujo não cumprimento leva à presunção de veracidade dos fatos alegados. Recursos providos.*

*Vencido o Des. Perlingeiro Lovisi”.* (sic)

Já decidimos em recurso semelhante no mesmo sentido.

As razões que nos levam a sufragar o entendimento de que o investigando pode, validamente, rebelar-se contra a determinação judicial de submetê-lo à perícia hematológica são as seguintes:

É certo que o fim do processo é a solução do conflito de interesses e o meio, a descoberta da verdade, e que para consegui-la é dado as partes e ao Juiz, responsável pela decisão do litígio, lançar mão de todos os meios de prova possíveis e imagináveis.

A regra insculpida no Código de 1939 era a seguinte (art. 208):

*“São admissíveis em Juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais.”*

O atual Código de Processo, sob o influxo de novas idéias, nascidas certamente da necessidade de proteger as pessoas da onipresença sufocante do Estado hodierno, redigiu de forma mais prudente o art. 332, que trata do mesmo tema:

*“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação e a defesa.”*

O Código Procesal Civil y Comercial da República Argentina foi muito mais enfático (art. 379):

*“La prueba deberá producir-se por los médios previstos expresamente por la ley y por los que el Juez disponga, a pedido de parte o de oficio,*

*siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros o no estean expresamente prohibidas para el caso.”*

Como diz o notável processualista gaúcho, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, in Revista de Processo, nº 43, pág. 138, em artigo sob o título - A eficácia do meio de prova ilícita no Código de Processo Civil brasileiro:

*“Os meios de prova podem ser legítimos (se configurados em lei expressamente, tanto do C.P.C., como em outros textos) e lícitos (não configurados em leis mas admissíveis, se “morais”, como, antes do Código de 732 já se admitiu no Brasil, por praxe forense, a inspeção judicial atualmente incluída no C.P.C., art. 440 e ss). Um meio legítimo poderá tornar-se ilícito se for obtido ou for produzido fora dos ditames morais; mas o meio ilícito será sempre, evidentemente, ilegítimo, porque, além de não ser estatuído em lei ainda está maculado por qualquer ato do interessado.”*

A Constituição de 88 também não descuidou do assunto, dizendo, no art. 5º, LVI:

*“São inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.”*

Portanto, já a essa altura, podemos afirmar, com base na normatividade vigente, duas coisas:

1º - que todos os meios de prova destinados à apuração da verdade devem ser utilizados pelas partes;

2º - que são imprestáveis como prova os dados obtidos por meios ilícitos bem como imorais.

Isto é, aos superiores interesses da Justiça no esclarecimento dos fatos, devem-se opor os valores éticos e morais tidos pela nossa cultura como pressupostos da dignidade da pessoa humana.

É sabido que o Estado moderno, mais do que em qualquer tempo, agigantou-se, fazendo com que o *Leviatã* de THOMAZ HOBBS parecesse, aos nossos olhos, um pequeno camaleão alado.

O Estado de nossos dias, municiado com um arsenal tecnológico nunca sonhado, é capaz de tudo, sufocando o ser humano e empurrando-o até aos mais longínquos limites da sua intimidade pessoal.

Invade a privacidade das pessoas, pode vê-las e ouvi-las à distância, quer saber quanto dinheiro têm no Banco, quantos imóveis possuem, quais são os seus negócios, enfim, o homem está hoje enredado nos tentáculos de um monstro que ele mesmo criou.

A sua última fronteira, a derradeira cidadela, é a lei.

A verdade, cuja busca incessante é a meta, não deve ser conseguida de qualquer maneira.

Há um preço que ninguém pode pagar: o que compromete a dignidade do homem.

Diz a Constituição Federal no art. 5º, II, de 1988:

*“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”*

E não há lei nenhuma que obrigue o investigando réu a submeter-se ao exame hematológico.

Trata-se de prova que envolve a própria pessoa na sua dimensão física e na sua dimensão moral. Portanto, só o agravante pode decidir sobre a conveniência de submeter-se ao teste, certo que arcará com os ônus decorrentes da negativa, mas essa é uma outra questão.

Estamos em área dispositiva onde o Estado não pode se sobrepor aos interesses das partes envolvidas.

Se estivéssemos lidando com matéria cogente, de ordem pública, o enfoque seria um pouco diferente. Mesmo assim, a descoberta da verdade no processo penal jamais ultrapassou os limites da decência do réu, que tem o direito de silenciar ou até de mentir no seu interesse.

O marxismo-leninismo na União Soviética, que deu no que deu, tinha como um dos pontos cardeais de seu sistema político-autoritário o princípio de que “os fins justificam os meios”.

Se isso fosse correto, se a descoberta da verdade não tivesse limites, a *probatio prabatissima* do direito intermediário teria plena atualidade, submetendo-se o réu a todas as torturas e violações da narco-análise, do *lie detector*, e outros engenhos criados para vilipendiar ainda mais o ser humano, já tão esmagado pelas distorções atuais da sociedade, com o único objetivo do esclarecimento da “verdade”.

Enfim, concluindo, até porque trata-se de um ensaio científico, limitado pelos parâmetros da conveniência, entendemos que o réu, na investigação de paternidade, pode validamente recusar-se a submeter-se a esse ou a qualquer outro exame que envolva a violação da sua privacidade física ou espiritual.

Não fosse assim, a pergunta que nos assoma é a seguinte:

A que sanção estaria sujeito o réu nessa hipótese?

Crime de desobediência?

*Ficta confessio?*

Nenhuma coisa nem outra. Quanto à primeira, não haveria desobediência por falta de amparo legal da prova. Quanto à segunda, porque ninguém, em sã consciência, poderia afirmar que o filho gerado foi produto de uma determinada relação sexual. Figure-se, portanto, a hipótese de *plurimum concubentium*, então, a negativa do réu implicaria na presunção de paternidade? Perece-nos que não.

A solução mais sensata, nesses casos, é a de respeitar-se a deliberação do investigando, ciente de que a sua negativa poderá, no conjunto geral das provas, ser mais um dado em seu desfavor.

Por isso, entendemos de garantir esse direito básico e constitucional de qualquer pessoa - o de conduzir-se de acordo com as suas conveniências, desde que não entre em conflito com as disposições que regem a vida dentro do grupo social.

E assim fazendo, não estamos sendo sequer originais, porque em vários dispositivos legais o ordenamento jurídico resguarda certos valores da pessoa humana, em detrimento dos interesses da ordem pública no esclarecimento dos fatos, até mesmo de caráter criminal.

Nesse plano, podemos exemplificar com o segredo profissional ou o que resulta de ofício ou de fé religiosa, cuja violação implica em crime (art. 154, do Código Penal). ♦